

University of Groningen

Beter ten hele gedwaald dan ten halve gekeerd? De verjaring van de sanctie op oneerlijke bedingen

Pavillon, Charlotte

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. (2019). Beter ten hele gedwaald dan ten halve gekeerd? De verjaring van de sanctie op oneerlijke bedingen. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2019(7251), 622-629.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Beter ten hele gedwaald dan ten halve gekeerd?

De verjaring van de sanctie op oneerlijke bedingen

Ten geleide

De ratio achter de ambtshalve toepassing van de oneerlijkheidstoets uit de Richtlijn oneerlijke bedingen¹ is dat de consument 'onwetend is van zijn rechten' en (financiële) moeilijkheden ondervindt bij de uitoefening van zijn rechten.² Dat hij zijn rechten niet kan verwezenlijken, doet afbreuk aan de effectieve werking van de richtlijn die tot doel heeft de minimum harmonisatie van de bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen, omwille van de interne markt.

Onduidelijk is evenwel of de actieve bescherming van de consument zo ver gaat dat een verjaringstermijn een *aanvallend* beroep op de vernietigingsgrond uit art. 6:233 onder a BW – het nationale artikel ter omzetting van de oneerlijkheidstoets – niet mag beletten.³ Vraag is meer concreet of, en zo ja onder welke voorwaarden, de drie jaren-termijn uit art. 6:235 lid 4 jo. 3:52 lid 1 onder d BW de consument kan worden tegengeworpen.⁴ Die termijn vangt aan op de dag, volgende op die waarop de gebruiker of de consument zelf⁵ een beroep op het beding heeft gedaan. Dan is de consument zich immers bewust van de (nadelige) implicaties van het beding en is hem de bevoegdheid om de vernietigingsgrond in te roepen 'ten dienste komen te staan'.⁶ Art. 3:317 BW verschaft de consument de mogelijkheid om de verjaring te stuiten.⁷

Vaststaat dat kennis van de feiten (het bestaan van de rechtshandeling en de gevolgen hiervan) en niet de juridische beoordeling van die feiten het moment van aanvang van de verjaring bepaalt. Bij het verjaringsleerstuk wordt aldus geabstraheerd van het vermogen van de consument om een dergelijke beoordeling te maken. Deze abstrahering botst evenwel met de ratio achter de ambtshalve toetsing: dat de consument niet in staat is tot deze beoordeling. In de rechtspraak betreffende de ambtshalve toetsing wordt de consument geacht onbekend te zijn met de op de hem betreffende feiten toepasselijke beschermingsregels.

In deze bijdrage geef ik antwoord op de hierboven geformuleerde vraag. Daartoe schets ik de stand van zaken naar Europees (consumenten) recht. In paragraaf 2 stel ik vast wat de recht-



Mw. prof. mr. drs.
C.M.D.S. Pavillon*

spraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJ) ons vertelt over de noodzaak om de over zijn 'recht om niet aan een oneerlijk beding gebonden te zijn' dwalende consument te beschermen, meer in het bijzonder de consument die *te laat* is met het invoeren van dit recht. In paragraaf 3 onderzoek ik hoe de Nederlandse rechter omgaat met het verjaringsverweer bij een beroep op art. 6:233 onder a BW. In dit bescheiden jurisprudentieonderzoek bekijk ik of de rechter een onderscheid maakt tussen de situatie waarin het aanvallend beroep op de vernietiging door de consument wordt gedaan en die waarin dit aanvallend beroep op de vernieti-

* Hoogleraar privaatrecht, i.h.b. consumentenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en vaste medewerker van het WPNR.
(c.m.d.s.pavillon@rug.nl)

1. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* L 95, p. 29-34.
2. HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000/730 (Océano), r.o. 26 en HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875, *NJ* 2003/703 m.nt. M.R. Mok (Cofidis), r.o. 33.
3. Bij een aanvallend beroep stelt de consument een vordering in die strekt tot, of steunt op, de vernietiging van het beding.
4. Een verwerend beroep op vernietiging kan immers te allen tijde worden gedaan (art. 3:51 lid 3 BW): *ECLI:GHARL:2019:1819*.
5. *ECLI:NL:RBAMS:2017:9691*, r.o. 4.4.
6. Conclusie A-G Wissink bij HR 26 april 2013, *ECLI:NL:PHR:2013:BZ9951*, onder 2.17.1 verwijzend naar *MvA II Inv.*, Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6, p. 1628-1629.
7. *MvT*, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, p. 1418.

ging ambtshalve geschiedt.⁸ In paragraaf 4 doe ik enkele aanbevelingen hoe om te gaan met een beroep op art. 6:235 lid 4 BW in het licht van het Europees doeltreffendheidsbeginsel. Ik sluit af met een conclusie.

2. Rechtsdwaling als premisse in het Europees consumentenrecht?

2.1 De onwetende consument en de ambtshalve toetsingsplicht

Op grond van vaste Europese rechtspraak is de nationale rechter verplicht om Europees consumentenrecht ambtshalve toe te passen, ook al wordt de consument in rechte bijgestaan door een advocaat.⁹ In het eerste arrest inzake de ambtshalve toepassing van de oneerlijkheidstoets uit de Richtlijn oneerlijke bedingen, het Océano-arrest uit 2000, maakte de hoogste Europese rechter duidelijk waar het hem om te doen was:

“Volgens de procesregels van tal van lidstaten mogen particulieren in dergelijke geschillen weliswaar zelf verweer voeren, doch bestaat er een niet te verwaarlozen gevaar, dat de consument met name uit onwetendheid geen beroep doet op het oneerlijke karakter van het beding dat hem wordt tegengeworpen. Bijgevolg kan een doeltreffende bescherming van consumenten enkel worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen.”¹⁰

De onwetendheid van de consument wordt volledig geobjectiveerd omwille van de doeltreffendheid van de door de richtlijn geboden bescherming. In de talrijke prejudiciële uitspraken die in de afgelopen twee decennia over de ambtshalve toetsing door het HvJ zijn gedaan draait het steeds om de vraag hoe ver de *ex officio* bescherming van de consument strekt. Het materiële (soorten bedingen en richtlijnen) en procedurele bereik van de ambtshalve toets (verplichtend karakter, noodzakelijke instructiematregelen, toepasselijkheid in verstekken) wordt steeds verder uitgebreid, hetgeen weer aanleiding geeft tot vervolgvragen. De verplichting om ambtshalve te toetsen aan Europees consumentenrecht wordt ingekaderd door de Rewe-beginselen, in lijn met een van de twee gelijktijdig gewezen arresten waarin zij voor het eerst werden geformuleerd.¹¹ (Proces)regels die van toepassing zijn op verdelingen die hun oorsprong hebben in het Europese recht mogen niet ongunstiger zijn dan de procesregels die in vergelijkbare nationaalrechtelijke geschillen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel). Evenmin mogen zij de uitoefening van de door het EU-recht aan de consument toegekende rechten praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

Uit de rechtspraak van het HvJ volgt dat er grenzen zijn aan de ambtshalve bescherming tegen oneerlijke bedingen in geval van “totale passiviteit” (*“total inertia”*) van de consument. In een dergelijk geval vergt het doeltreffendheidsbeginsel niet dat de rechter ambtshalve optreedt.¹² Het is aan de consument om een geschil *tijdig* aan een tot de ambtshalve toetsing bevoegde rechter voor te leggen. Hij moet wel in actie komen als hij het niet eens is met de (hem bekende) gevolgen van een beding. Dat hij zijn rechten niet kent, doet er dan niet toe. Dit gezegd hebbende, in geval van “totale passiviteit” kan op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel de rechter alsnog zijn verplicht om ambtshalve op te treden.¹³ Normen van Europees consumentenrecht zijn gelijkwaardig aan nationale regels die in de interne rechtsorde hebben te gelden als normen van openbare orde. Als de rechter gehouden is om ambtshalve aan deze normen te toetsen, dient hij ook het Europees consumenten uit eigener beweging toe te passen.

2.2 Verjaring van de sanctie op oneerlijke bedingen naar Europees recht

De vraag die in deze bijdrage centraal staat is “verjaart de sanctie uit art. 6 richtlijn?” wanneer hierop een aanvallend beroep wordt gedaan. In de Asturcom-zaak, waarin sprake was van een termijn van twee maanden om een beroep te doen op de nietigheid van een op een (mogelijk) oneerlijk arbitragebeding gebaseerd arbitraal vonnis, overwoog het HvJ nadrukkelijk dat een bevestigend antwoord op deze vraag niet ondenkbaar is:

8. Volgens A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (SEBA/Amsterdam), r.o. 10.8, zullen dergelijke situaties zich niet vaak voordoen. In recente jaren is in diverse zaken een aanvallend beroep gedaan op de vernietiging van een beding waarna de gebruiker zich op verjaring heeft beroepen.
9. HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, *Jur.* 2007, p. I-8017 (Rampion), r.o. 65.
10. HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000/730 (Océano), r.o. 26.
11. HvJ EU 16 december 1976, C-45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (Comet) en HvJ EU 16 december 1976, C-33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (Rewe).
12. HvJ EU 1 oktober 2015, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637 (ERSTE Bank Hungary), r.o. 62; HvJ EU 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (Kušionová), r.o. 56 en HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, (Asturcom Telecomunicaciones), r.o. 47. Zie ook conclusie A-G Szpunar voor C-49/14, ECLI:EU:C:2015:746 (Finanmadrid EFC), punt 43; A-G Kokott voor C-415/11, ECLI:EU:C:2012:700 (Aziz), punt 55 en voor C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711 (Profi Credit Polska), punt 73 en A-G Wahl voor C-598/15, ECLI:EU:C:2017:505 (Banco Santander), punt 51.
13. Recent: HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320 (Karel de Grote Hogeschool).

“In dit verband zij opgemerkt dat het volgens vaste rechtspraak met het gemeenschapsrecht verenigbaar is dat in het belang van de rechtszekerheid redelijke beroepstermijnen worden vastgesteld die gelden op straffe van verval van recht”.¹⁴

Volgens de rechtspraak van het HvJ dienen nationale verjaringstermijnen te worden getoetst aan de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.¹⁵ In het licht van dit laatste beginsel mag een nationale verjaringstermijn de uitoefening van de door de Richtlijn oneerlijke bedingen verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Dit is het geval als de consument zich in een situatie bevindt waarin de termijn een aanvang neemt, of zelfs is verstreken, zonder dat hij kennis heeft of kan hebben van de *gevolgen* die het oneerlijke beding jegens hem heeft.¹⁶

In de Cofidis-zaak diende een tweejarige vervaltermijn die de uitoefening van de door de Richtlijn oneerlijke bedingen verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakte, om die reden buiten toepassing te blijven.¹⁷ Het HvJ benadrukte in deze zaak dat iedere toetsing van een bepaling van nationaal (proces)recht aan het doeltreffendheidsbeginsel moet plaatsvinden “*met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure voor de verschillende nationale instanties en van het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure*”. Generaliseren is derhalve niet toegestaan. Uitkomsten van deze toetsing zijn “*slechts het resultaat van beoordelingen van individuele gevallen, waarbij de volledige feitelijke en juridische context van de betrokken zaken in aanmerking is genomen en die niet automatisch kunnen gelden op andere gebieden dan die in het kader waarvan zij tot stand zijn gekomen*”.¹⁸

De richtlijn maakt geen onderscheid tussen een verwerend of een aanvallend beroep. In de rechtspraak met betrekking tot de ambtshalve toepassing van de richtlijn wordt dit onderscheid evenmin gemaakt. Hieruit kan worden afgeleid dat, zelfs al is er sprake van een verwerend beroep, het Europees recht zich niet zonder meer verzet tegen redelijke (verjarings- of verval-) termijnen die de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel doorstaan.¹⁹

3. Nederlandse rechtspraak over de verjaring van het aanvallend beroep op vernietiging

3.1 Een ambtshalve aanvallend beroep op de vernietigingsgrond uit art. 6:233 onder a BW

Bij de ambtshalve toepassing van de vernietigingssanctie is voornamelijk sprake van een

verwerend beroep en speelt de verjaring geen rol. Vergeet de consument zich te verweren en treedt de rechter ambtshalve op, dan geldt art. 3:51 lid 3 BW. Hierover bestaat geen twijfel. Er zijn mij echter diverse voorbeelden bekend van ambtshalve toepassingen van de sanctie die – ondanks de dunne scheidslijn tussen beide typen beroepen²⁰ – duidelijk neerkomen op een aanvallend beroep op vernietiging en waarbij verjaring een rol speelt. Ik bespreek in deze bijdrage twee concrete voorbeelden:

- de ambtshalve vernietiging van kostenbepalingen in een levensverzekeringproduct (de zogenaamde “woekerpolis”)²¹
- de ambtshalve vernietiging in een 305a-actie²² van een eenzijdig wijzigingsbeding in een hypothecaire leningsovereenkomst, te weten een renteopslagbeding.²³

In beide zaken was sprake van een *ambtshalve aanvallend beroep* op de vernietigingsgrond uit art. 6:233 onder a BW.²⁴ De vraag is in eerstgenoemde zaak gerezen of voor de (ambtshalve)

14. HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/80, ECLI:EU:C:2009:615 (Asturcom), r.o. 41.

15. ECLI:NL:GHAMS:2017:5248, r.o. 3.23 met verwijzing naar Cofidis.

16. HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/80, ECLI:EU:C:2009:615 (Asturcom), r.o. 45.

17. HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875 (Cofidis), r.o. 35-37.

18. HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875 (Cofidis), r.o. 37.

19. Bij de ambtshalve toepassing van consumentenkoopregels staan de verval- en verjaringstermijnen van art. 7:23 lid 1 en lid 2 en bijbehorende bewijslastverdeling fier overeind (HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (Faber)). En de verlenging van de herroepingstermijn met 12 maanden is ook een maximum. Als de consument de overeenkomst dan nog steeds niet heeft ontbonden, is hij te laat.

20. M.H. Wissink, ‘Vernietiging en verjaring: wanneer is een beroep op een vernietigingsgrond ‘aanvallend’ of ‘verwerend’?’, *WR* 2018/18.

21. ECLI:NL:GHSHE:2017:1875.

22. Dit is opmerkelijk omdat het Hof de ambtshalve toepassing van consumentenrecht in een collectieve actie lijkt uit te sluiten (de belangenorganisatie kan immers niet als consument worden gekwalificeerd): HvJ EU 5 december 2013, C-413/12, ECLI:EU:C:2013:800 (Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León). Zie hierover: F.E. Vermeulen en T.L. Schasfoort, ‘Ambtshalve toetsing aan Unierecht ten gunste van belangenorganisaties?’, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2017/3.

23. ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, m.nt. J.H.M. Spanjaard, *TvC* 2016, afl. 3, p. 122; ECLI:NL:GHAMS:2017:5248. De rechtbank is ambtshalve meteen overgegaan tot de toetsing ondanks dat Stichting SdB pas meer subsidiair de vernietiging van het beding op grond van het onredelijk bezwarend karakter daarvan had ingeroepen.

24. In aandelenlease- en erfpachtcanonzaken is eveneens reeds sprake geweest van een dergelijk *ambtshalve* aanvallend beroep maar speelde de verjaring geen rol: zie bijv. ECLI:NL:GHARL:2017:8437.

toetsing van de algemene voorwaarden nodig was dat de consument aan de klachtplicht had voldaan.²⁵ Gelet op het Cofidis-arrest²⁶ valt dit wellicht te betwijfelen. Daar staat tegenover dat in beginsel niet de toetsing zelf aan de vervalt termijn onderhevig is maar het beroep op wanprestatie in het kader waarvan de rechter tot de toetsing overging. Die vraag dient derhalve bevestigend te worden beantwoord.

De vraag is voorts of de verplichting tot *ambtshalve* toetsing de verjaring van een aanvallend beroep van een consument op de vernietiging van een oneerlijk beding doorkruist. Hierover bestaat onenigheid.²⁷ In de hiernavolgende paragrafen bekijk ik hoe groot die onenigheid is. Daartoe ga ik na of de Nederlandse rechter art. 6:235 lid 4 BW toepast en zo ja, welke uitleg hij aan het criterium ‘een beroep doen op het beding’ en aan de vereisten voor stuiting geeft. Ook bezie ik of verschil uitmaakt dat de toetsing van het beding *ambtshalve* plaatsvindt.

3.2 De uitleg van verjaring en stuiting bij een *ambtshalve* aanvallend beroep

Zou men bij de toepassing van art. 6:235 lid 4 BW een onderscheid aanbrengen tussen de situatie waarin het aanvallend beroep *ambtshalve* wordt gedaan en die waarin dit niet het geval is, dan blijft de bescherming van de consument die te laat is, maar zich wel op zijn rechten beroept (de dwaling omtrent termijnen) achter bij de bescherming van de consument die zich helemaal niet op zijn rechten beroept (dwaling omtrent termijnen én rechten). Bestaan er aanwijzingen voor een soepelere uitleg van de vereisten voor verjaring in de rechtspraak waarin de vernietigingssanctie *ambtshalve* wordt toegepast?

Allereerst de Hoge Raad.²⁸ In zijn arrest van 8 juli 2015 vernietigde hij een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden omdat een boetebeding in een aandelenleaseovereenkomst niet *ambtshalve* was getoetst.²⁹ In deze zaak was het beroep op art. 1:88 jo. 3:52 lid 1 onder d BW al wel verjaard omdat die verjaringstermijn was aangevangen op het moment waarop de echtgenoot daadwerkelijk bekend was met de overeenkomst (en maandelijke afschrijvingen). Het moment van inzage in de bankafschriften gold dus (kennelijk) niet als het moment waarop de verjaring van art. 6:235 lid 4 BW ging lopen, anders was ook de mogelijkheid om de bedingen op grond van art. 6:233 onder a BW (*ambtshalve*) te vernietigen (vermoedelijk) eveneens verjaard. De discrepantie tussen de startpunten van beide verjaringstermijnen kan worden teruggevoerd op de wetsgeschiedenis en het verstopte karakter van algemene voorwaarden.³⁰ Uit het arrest blijkt helaas niet of art. 6:235 lid 4 BW buiten beschou-

wing moet blijven in het licht van de Europese rechtspraak inzake de *ambtshalve* toetsing van oneerlijke bedingen en zo niet, hoe i.c. aan die bepaling (zou die door Dexia worden ingeroepen) invulling moet worden gegeven. Deze vraag kwam in cassatie ook niet aan de orde.

In de twee mij bekende uitspraken waarin tegen een *ambtshalve* aanvallend beroep op de vernietiging van een oneerlijk beding een verjaringsverweer werd gevoerd, werd dit verweer pas *na* de toetsing aan art. 6:235 lid 4 BW afgewezen. Met andere woorden, de mogelijkheid dat het beroep zou zijn verjaard werd niet uitgesloten.

De aanvang van de verjaringstermijn – het ‘beroep op het beding’ – wordt in de eerste zaak erg soepel benaderd.³¹ Het hof gaat er in de zogenaamde “woekerpolis”-zaak op basis van de beschikbare feiten vanuit dat ASR pas in 2011, *nadat de verzekeringnemer hierover heeft geklaagd*, een beroep heeft gedaan op de desbetreffende kostenbedingen. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:235 lid 4 BW volgt dat de wederpartij zich pas bewust is van de implicaties van het beding wanneer hier door de gebruiker (of hemzelf) een beroep op is gedaan en hij met die implicaties is geconfronteerd. Volgens het hof vormt de reguliere ‘uitvoering van de polis’ inclusief (uit de bankafschriften op te maken) afschrijvingen geen ‘beroep op het beding’ in de zin van dit artikel, daar deze uitvoering niet gepaard zou zijn gegaan met een duidelijk gerichte uitleg (de ASR verweten schending van de zorgplicht).

In deze zaak hanteert het hof een strikte uitleg van dit ‘beroep’ door de ‘reactie’ van ASR op de klachten, de subjectieve bekendheid van de con-

25. Vgl. ECLI:NL:GHSHE:2017:1875. De manier waarop de klachtplicht in de toetsing wordt ingevlochten – de bedingen en hun effect worden als ‘gebrek’ aangemerkt (r.o. 7.2) – is in dat opzicht verwarrend en stuit op het in Cofidis bepaalde verbod op vervalttermijnen. Het hof had kunnen volstaan met de beoordeling van de naleving van de klachtplicht in het kader van het beroep op wanprestatie: is over de vermeende tekortkoming (lager rendement) tijdig geklaagd?

26. HvJ EG 21 november 2002, NJ 2003/703 (Cofidis).

27. Wissink, WR 2018/18, § 8.3.1.

28. Vgl. Conclusie A-G Wissink voor HR 26 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ9951. In ECLI:NL:HR:2013:BZ9951 is de Raad overigens terughoudend om bij de toepassing van art. 3:52 lid 1 onder d BW aan te sluiten bij de ratio achter 6:235 lid 4 BW, hetgeen volgens Wissink zeer wel mogelijk is: JIN 2013/159 m.nt. L.F. Dröge.

29. ECLI:NL:HR:2015:1866.

30. MvA II Inv., Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6, p. 1628-1629.

31. ECLI:NL:GHSHE:2017:1875, r.o. 7.4.

summent met de bedingen, als aanvangsmoment aan te merken. Volgens de wet en haar geschiedenis is bepalend het moment waarop het voor de consument *kenbaar* was dat ASR een beroep deed op haar algemene voorwaarden en zo ja, welke. Deze informatie is echter, zo volgt uit het arrest, niet boven water gekomen, hetgeen voor rekening van de verzekeraar komt. Onduidelijk is of ASR in de gelegenheid is gesteld om het beroep op art. 6:235 lid 4 BW te onderbouwen (ASR heeft hieromtrent niets gesteld want had denkbaar een andere termijn voor ogen, die uit art. 3:310 BW). Hiertoe zou de gebruiker bij een ambtshalve toetsing, in het kader van hoor en wederhoor, wel de gelegenheid moeten krijgen.³²

In de tweede zaak waarin de oneerlijkheidstoets ambtshalve werd toegepast – de collectieve zaak inzake het renteopslagbeding – werd eveneens op grond van art. 6:235 lid 4 BW vastgesteld of sprake was van verjaring. Ditmaal kreeg het artikel een consumentvriendelijke uitleg die nauw aansluit bij de ratio van het artikel:

“Gezien die achtergrond oordeelt het hof dat de verjaringstermijn begint te lopen op de dag nadat het voor de leningnemer kenbaar was dat de bank een beroep deed op het Wijzigingsbeding in de algemene voorwaarden. In de brief van 26 januari 2009 wordt wel meegedeeld dat de opslag met ingang van 1 februari 2009 met 0,5% wordt verhoogd, maar op grond van welke bepaling in de leningdocumentatie de bank daartoe gerechtigd is, staat niet in de brief: een verwijzing naar het in de algemene voorwaarden opgenomen Wijzigingsbeding ontbreekt.”³³

In de schaarse gevallen waarin een ambtshalve aanvallend beroep op de vernietiging van een oneerlijk beding dreigt te zijn verjaard, wordt er (vanuit het oogpunt van gebruiker) streng omgegaan met de eis dat de verjaringstermijn pas is gaan lopen op het moment dat de consument bekend is (zaak 1) of kan zijn (zaak 2) met de gevolgen van het beding. Art. 6:235 lid 4 BW staat echter niet direct buiten spel. Anders dan in de eerste zaak wordt in de tweede zaak door het hof *expliciet* overwogen dat een beroep op de verjaring van de vernietiging in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel niet is uitgesloten (r.o. 3.23). De consumentvriendelijke uitlegging van de vereisten van art. 6:235 lid 4 BW toont aan dat de uitoefening van de door de richtlijn aan de consument toegekende rechten praktisch niet onmogelijk of uiterst moeilijk is. Al helemaal omdat in deze zaak niet een individuele consument maar een belangenorganisatie deze rechten uitoefent.³⁴

3.3 De uitleg van verjaring en stuiting bij een actief aanvallend beroep

Bij een actief (dus niet ambtshalve) aanvallend beroep springt de rechter opvallend genoeg soms nog strenger om met het verjaringsverweer. Uit de verplichting oneerlijke bedingen ambtshalve niet-bindend te verklaren wordt regelmatig, naar mijn mening ten onrechte, afgeleid dat de verjaringsregel geheel buiten toepassing moet worden gelaten, ook al is er sprake van een actief aanvallend beroep op de vernietiging van een beding.

Voorbeeld vormt een zaak waarin eiser – een consument – schadevergoeding vordert op grond van de schending van de zorgplicht bij de totstandkoming van een aandelenleaseovereenkomst.³⁵ Later in de procedure voert hij met succes aan dat de contractuele boeterente (30% over de nog niet vervallen maandtermijnen) een oneerlijk beding vormt in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen (r.o. 21-24). Aegon verweert zich door een beroep te doen op art. 6:235 lid 4 jo. 3:53 (bedoeld zal zijn 52) onder d BW (r.o. 25). De vordering tot vernietiging zou op 7 november 2009 zijn verjaard, nu eiser de eindnota's reeds op 7 november 2006 heeft ontvangen. De rechtbank verwierpt het beroep op verjaring door te wijzen op haar, door de Hoge Raad bevestigde,³⁶ verplichting de vernietiging van het oneerlijke beding ambtshalve uit te spreken. Omdat de consument geen beroep op de vernietiging behoeft te doen, kan dit beroep volgens de rechtbank ook niet verjaren. Deze in de lagere aandelenleaserechtspraak breed gedragen³⁷ zienswijze sluit aan bij die van Loos.³⁸

In de aangehaalde uitspraak is niet aan art. 6:235 lid 4 BW getoetst en dus niet vastgesteld of gebruiker een beroep op het litigieuze beding heeft gedaan in de zin van genoemde bepaling. Evenmin wordt de verjaringstermijn aan het Europees doeltreffendheidsbeginsel getoetst

32. HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88 (Banif Plus Bank).

33. ECLI:NL:GHAMS:2017:5248, r.o. 3.23.

34. HvJ EU 5 december 2013, C-413/12, ECLI:EU:C:2013:800 (Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León).

35. ECLI:NL:RBDHA:2015:3079. Zie ook:

ECLI:NL:RBNNE:2014:4811, r.o. 5.14.2

36. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.7.2-3.7.3.

37. ECLI:NL:RBAMS:2017:10330, r.o. 1.16 e.v.;

ECLI:NL:RBAMS:2017:9106, r.o. 1.11 e.v.

38. M.B.M. Loos, *Algemene Voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, nr. 104.

(zoals door Dexia gesuggereerd: r.o. 1.16). Bij deze toetsing is doorslaggevend of de consument tijdig kennis had of kon hebben van de gevolgen die het oneerlijke beding jegens hem heeft. De vraag of in de eindnota, die de consument heeft ontvangen en waarin een boeterente in rekening werd gebracht, duidelijk was vermeld dat de opgelegde boeterente op een beding uit de algemene voorwaarden bij de aandelenleaseovereenkomst berustte, bleef echter onbeantwoord.

In overeenstemming met het doeltreffendheidsbeginsel (ook al wordt ten onrechte niet aan dit beginsel getoetst) is mijns inziens de toepassing van art. 6:235 lid 4 BW in een zaak waarin particuliere erfpachters de oneerlijkheid van een canonherzieningsbeding in erfpachtvoorwaarden inroepen en waarin de Stichting Vastgoed Beheer Nederland een verjaringsverweer voerde. Na een uitgebreide verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling en de noodzaak acht te slaan op de ratio hierachter (de consument dient zich bewust te zijn van het beding), oordeelt de rechter:³⁹

“De brief van 30 oktober 2007 moet worden gezien als een zeer algemene aankondiging dat de canon aan het einde van het tijdvak herzien zou worden. De implicaties en inhoud van het herzieningsbeding zijn in deze brief niet duidelijk beschreven. Eind 2010 heeft SVBN wel helder gemaakt wat, wat haar betreft, de implicaties en inhoud van het herzieningsbeding waren door [eisers] te informeren wat de nieuwe canon volgens haar diende te zijn en hoe die vastgesteld diende te worden. Op dat moment, of dit nu een correct beroep op artikel 2 was of niet, is dan ook de verjaringstermijn aangevangen. De bevoegdheid om een beroep op vernietiging ten aanzien van artikel 2 te doen was derhalve op 11 februari 2011 nog niet verjaard, zodat het beroep op verjaring faalt.”⁴⁰

Van belang is dat de consument een verband kan leggen tussen een beding en de voor hem nadelige gevolgen die hieruit voortvloeien.

Tegenover genoemde voorbeelden van niet verjaarde vorderingen staan uitspraken waarin die vordering wel is verjaard en waarin die verjaring vervolgens ook niet is gestuit. In een recente uitspraak van de Amsterdamse rechtbank werd het beroep op art. 6:235 lid 4 BW toegewezen. Tussen partijen is niet in geschil dat ING voor het eerst op 1 maart 2010 een verhoging van de opslag heeft doorgevoerd. Het beroep op vernietiging van het beding is voor het eerst bij brief van 18 september 2017 gedaan.⁴¹ De vraag rees of de verjaring in de tussentijd mogelijk was gestuit. Anders dan door de consument gesteld,

hebben de vóór 1 maart 2014 door hem naar aanleiding van de aangekondigde opslagverhogingen gestuurde e-mails aan ING de verjaring niet gestuit. In die e-mails wordt louter het percentage van de verhoging ter discussie gesteld, noemt de consument de verhogingen disproportioneel en verzoekt hij ING om de opslag te verlagen. Dat de consument met de inhoud van die e-mails beoogde zijn rechten veilig te stellen om de bevoegdheid tot wijziging van de opslag in zijn algemeenheid aan te tasten, kan volgens de rechter niet uit de bewoordingen van die e-mails worden afgeleid. Van stuiting van de verjaringstermijn is volgens de rechtbank daarom geen sprake, zodat het beroep van ING op verjaring wordt gehonoreerd.⁴²

Uit deze rechtsoverwegingen volgt dat de rechtbank een strikte uitleg aan de vereisten voor het stuiten van de verjaring heeft gegeven.⁴³ Had hier ruimte bestaan om de e-mails als een stuitingsbrief in de zin van art. 3:317 lid 1 BW te beschouwen? Een dergelijke brief dient een *“voldoende duidelijke schriftelijke waarschuwing aan de schuldenaar (te zijn) zodat die er rekening mee kan houden – onder meer in het kader van het behouden van bewijsmateriaal – dat er (mogelijk) nog een claim komt”*.⁴⁴ Van Orsouw constateerde in 2015 dat feitenrechtters de vereisten van art. 3:317 lid 1 BW doorgaans te eng opvatten in haar bespreking van ECLI:NL:HR:2015:2741 (Int. Strategies Group/Royal Bank of Scotland).⁴⁵ In dit arrest heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat deze vereisten in het licht van de omstandigheden van het geval (formulering, context en overige omstandigheden) moeten worden ingevuld. De Europeesrechtelijke context en verplichte ambtshalve bescherming van de consument tegen oneerlijke bedingen vragen mijns inziens om een consumentvriendelijke benadering van de stuitingshandeling.

39. ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.5

40. ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.6. Zie ook ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.5 waarin de rechter aangeeft dat erfverpachter op de bedingen “Algemene Bepalingen voor Voortdurende Particuliere Erfpacht 2006” nog geen beroep heeft gedaan en van verjaring dus geen sprake kan zijn.

41. ECLI:NL:RBAMS:2019:2503, r.o. 4.6.

42. ECLI:NL:RBAMS:2019:2503, r.o. 4.7.

43. Een recente uitspraak van het Kifid kleurt m.i. ook erg strak binnen de lijntjes van art. 6:235 lid 4 BW en art. 3:316-317 BW: KIFID 29 maart 2019, nr. 2019-226, r.o. 4.7.

44. E.M. van Orsouw, ‘Stuiting: over de stuitingsbrief van art. 3:317 lid 1 BW en feitenrechtters die vaak te streng zijn’, *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2015/11.

45. Zie ook Stolker, T&C BW, art. 3:317.

4. Waar vraagt het Europees (consumenten)recht om?

Uit het bescheiden rechtspraakonderzoek dat ik uitvoerde volgt dat de consument die geheel na laat een aanvallend beroep te doen op de oneerlijkheidstoets niet beter wordt beschermd dan de consument die dit wel doet, doch te laat. Dit lijkt mij terecht. Verdedigbaar is dat, ongeacht of de consument zelf een tardief beroep doet op de oneerlijkheidstoets (wel of geen ambtshalve toets), dezelfde omgang met de verjaringstermijn is voorgeschreven.⁴⁶ Minder terecht is evenwel dat in een reeks uitspraken de verjaring met verwijzing naar de ambtshalve toetsingsverplichting volledig buiten spel wordt gezet.⁴⁷ Opmerkelijk is dat in deze zaken geeneens sprake was van een *ambtshalve* toepassing van art. 6:233 onder a BW en dat in zaken waarin hier wel sprake van was, ‘gewoon’ aan art. 6:235 lid 4 BW is getoetst.

Het Europees doeltreffendheidsbeginsel vergt mijns inziens niet dat verjaring van een aanvallend beroep op de vernietiging van een oneerlijk beding pas kan plaatsvinden nadat de consument tijdig kennis heeft genomen van zijn recht om de vernietiging van een oneerlijk beding in te roepen, laat staan dat die verjaring volledig overboord wordt gegooid. A-G Wissink concludeerde in de SEBA/Amsterdam-zaak uit 2016 terecht dat:

“de toepassing die het HvJEU in verband met de Richtlijn oneerlijke bedingen aan het doeltreffendheidsbeginsel heeft gegeven, (...) er niet op (duidt) dat een beroep op een (verjarings) termijn is uitgesloten.”

Hij voegde hieraan toe:

“In het licht hiervan kan mijns inziens niet worden aangenomen dat de verjaringstermijn om een onredelijk bezwarend beding te vernietigen van drie jaren na de dag waarop een beroep op het beding is gedaan (art. 6:235 lid 4 jo. 3:52 lid 1 onder d BW) in beginsel in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel.”⁴⁸

Uit Europese rechtspraak volgt geenszins dat onwetendheid ten aanzien van de juridische kwalificatie van een beding de verjaring van een vernietigingsvordering (eindeloos) opschort. Van belang is wel dat de nationale rechter de toepassing van de verjaringstermijn aan het doeltreffendheidsbeginsel toetst (en zo nodig aan het gelijkwaardigheidsbeginsel), in lijn met de Rewe-uitspraak. Mits de rechter bij de toepassing van art. 6:235 lid 4 voldoende rekening houdt met dit beginsel, door een consumentvriendelijke uitleg van de vereisten voor verjaring, zal de uitoefening van de door de Richtlijn oneerlijke bedin-

gen verschaftte rechten niet snel uiterst moeilijk of onmogelijk kunnen worden geacht.

Voor een uitleg van art. 6:235 lid 4 BW in overeenstemming met het doeltreffendheidsbeginsel volstaat dat het moment waarop de verjaring gaat lopen samenvalt met het moment waarop gebruiker een expliciet, voor de consument *begrijpelijk*,⁴⁹ beroep heeft gedaan op de algemene voorwaarde.⁵⁰ Uit Europese rechtspraak volgt dat een verjaringstermijn ‘mag’ aanvangen op het moment dat de consument kennis heeft of kan hebben van de *gevolgen* van een oneerlijk beding. Betoogd kan worden dat de rechter hierbij aansluiting moet zoeken bij de Europese jurisprudentie inzake de transparantie en inzichtelijkheid van de economische gevolgen van bedingen in algemene voorwaarden.⁵¹ De juridische kwalificatie van deze gevolgen en de keuze om hiertegen in actie te komen wordt vervolgens aan de consument overgelaten. Zijn “totale passiviteit” wordt hem aangerekend.⁵² De lengte van de termijn mag evenwel niet zo kort zijn dat de consument redelijkerwijs niet in actie kan komen. Bovenstaande uitleg moet worden gehanteerd ongeacht of het aanvallend beroep ambtshalve plaatsvindt.

Zou gelet op deze uitleg van art. 6:235 lid 4 BW toch sprake zijn van verjaring, dan is verdedigbaar dat het Europese doeltreffendheidsbeginsel aan een strikte uitleg van art. 3:317 lid 1 BW in de weg staat, wederom ongeacht of de oneerlijkheidstoets ambtshalve wordt toegepast. In het licht van de noodzaak van een effectieve bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen zou mijns inziens in het geval dat een consument na het initiële beroep hierop door de

46. Ik wees eerder al op de ongelijkheid die kan ontstaan wat betreft de op de consument rustende stelplicht en bewijslast in ‘De Europese lijst van verdachte bedingen: oranje, blauw of toch een tint van grijs?’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 354.

47. Anders Loos 2018, nr. 104.

48. Conclusie voor HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (SEBA/Amsterdam), punt 10.7.

49. M.i. geldt dat de gebruiker bij dit beroep het transparantievereiste uit art. 5 richtlijn (art. 6:238 lid 2 BW) in acht moet nemen.

50. ECLI:NL:GHAMS:2017:5248, r.o. 3.23.

51. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (Kásler).

52. Zie behalve HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (Asturcom Telecomunicaciones), r.o. 45 ook HvJ EU 10 september 2014, C-34/13, EU:C:2014:2189 (Kušionová), r.o. 56.

gebruiker de onredelijke toepassing en/of uitwerking van een beding in algemene voorwaarden ter discussie stelt, al snel de stuiting van het beroep op de vernietiging van het desbetreffende beding moeten worden aangenomen.

5. Ten slotte

De aan de ambtshalve toetsing ten grondslag liggende onwetendheid van de consument omtrent zijn rechten speelt bij het nationaalrechtelijke verjaringsleerstuk geen rol. Geheel consistent is dit niet maar de consistentie van het nationale recht is hier wel bij gebaat. Het doortrekken van de ratio achter de ambtshalve toets naar het leerstuk van de verjaring zou dit leerstuk op het terrein van het consumentenrecht op losse schroeven zetten. De bescherming van de consument tegen oneerlijke bedingen gaat niet zover dat de rechtszekerheid wordt prijsgegeven. De gevolgen van genoemde inconsistentie vallen naar Nederlands recht overigens mee, daar de verjaring slechts een aanvallend beroep op art. 6:233 onder a BW kan treffen. In die situatie speelt de door de onwetendheid van de consument over zijn rechten geboden ambtshalve toepassing een ondergeschikte rol. Waar die onwetendheid, getuige een te laat beroep, kennelijk wel een rol speelt, dan kan de vordering zijn

verjaard. Toepassing van het verjaringsleerstuk kan evenwel slechts plaatsvinden *mits* zij in overeenstemming is met het Europeesrechtelijk doeltreffendheidsbeginsel.⁵³ Vooropgesteld zij dat die toepassing een consumentvriendelijke moet zijn. Dit houdt in dat zij de hoge eisen die de Richtlijn oneerlijke bedingen stelt aan de transparantie van bedingen in acht neemt.

53. Doorstaat de verjaringstermijn deze toetsing dan komt de consument overigens onder bijzondere omstandigheden een beroep toe op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) teneinde de verjaring alsnog buiten toepassing te laten. Te denken valt aan een sterke afhankelijkheidsrelatie jegens gebruiker waarvan deze misbruik maakt, bijv. door het uiten van dreigementen.